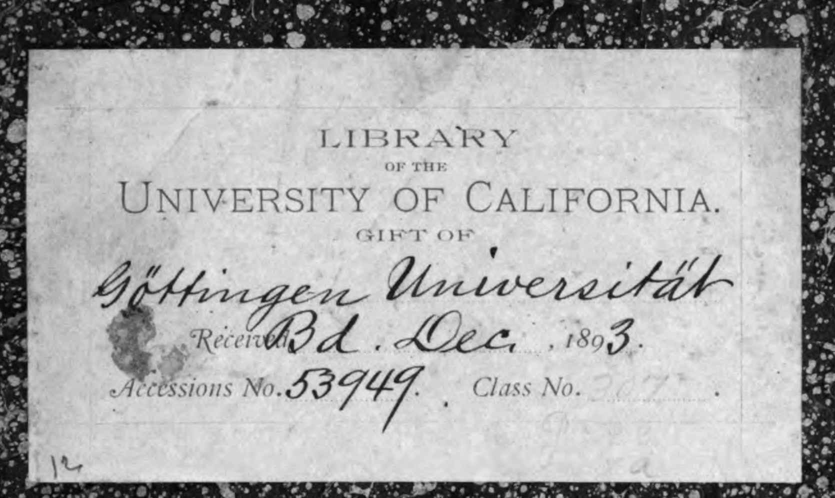
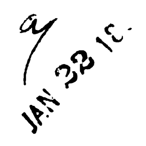








Der Trödelvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

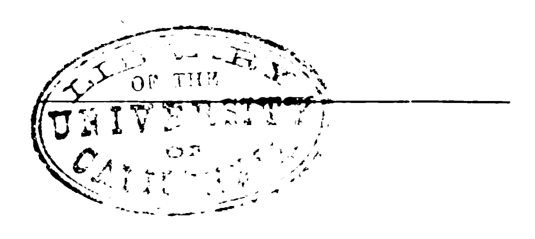
der

Georg-August-Universität zu Göttingen

eingereicht von

Referendar Wahlfanth

aus Halle a/S.



Magdeburg.
Druck von E. Baensch jun.
1890.

Meiner geliebten Braut.

Es gibt eine Reihe von Rechtsgeschäften, deren praktische Bedeutung in einem Mißverhältniß steht zu der Beachtung, welche sie in der juristischen Litteratur gefunden haben. Zu ihnen gehört der sog. Tröbelvertrag (contractus aestimatorius).

Schon die römischen Juristen haben sich mit Eifer bemüht, seine rechtliche Natur zu bestimmen, und während die Praxis selten Veranlassung hatte, sich mit ihm zu beschäftigen, wurde die Theorie — bis in die allerneuste Zeit herab — nicht müde, ihm ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden. Da trotzdem eine Uebereinstimmung der vielfach sehr abweichenden Ansichten über dieses eigenthümliche Rechtsgeschäft nicht erzielt wurde, so dürfte eine kurze Revision der Lehre doch noch einiges Interesse in Anspruch nehmen.

Der Vertrag, von dem Ulpian [1]) im 32. seiner libri ad edictum handelt, enthält den Fall: „cum res aestimata vendenda datur“ d. h. wenn Jemand einem Anderen eine Sache übergibt mit der Auflage, der Empfänger solle ihm entweder eine bestimmte Summe oder die Sache selbst zurückgeben.

Es wird also hier eine Sache hingegeben zum Verkauf. Daß man schon bei den Römern eine bewegliche [2]) Sache voraussetzte, läßt sich zwar nicht mit Bestimmtheit feststellen, wird aber durch den Umstand sehr wahrscheinlich gemacht, daß in allen Quellenstellen, welche dieses Geschäft erwähnen, nur von beweglichen Sachen wie z. B. Perlen, Schüsseln die Rede ist. [3]) Für das heutige Recht wird die Beweglichkeit der Sache allgemein als nothwendig anerkannt.

Es wird aber nicht bloß eine res gegeben, sondern eine res aestimata [4])

---

[1]) Tit. Dig. de aestimatoria 19, 3.

[2]) Sintenis, Civilrecht II § 117 vor Note 3. Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preußischen Privatrechts II p. 175 Note 4. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts XII p. 152. Oesterreich. B. G. B. § 1086. Sächs. B. G. B. § 1291.

[3]) Z. B. l 17 § 1 D de praescr. verb. 19, 5. l 11 pr. D reb. cred. 12, 1. l 44 D pro socio 17, 2.

[4]) Entgegen der herrschenden Meinung leugnet Wendt in Jahrb. f. die Dogmatik XXII p. 377 ff. daß die aestimatio zum Wesen des Vertrages gehöre.

d. h. der, welcher die Sache gibt, setzt vorher einen Preis fest in der Absicht, daß der Empfänger der Sache ihm entweder diesen Preis zahlen oder die Sache selbst zurückgeben solle. Die Festsetzung des Preises, die sog. aestimatio hat also die Wirkung, daß der Empfänger alternativ obligirt wird, nicht aber etwa die, daß er an den Preis auch beim Verkauf gebunden ist, als ob er nicht auch zu einem anderen Preise verkaufen dürfte. Der Gewinn gehört ihm, es mag besonders ausgemacht sein oder nicht. Dies schließt aber nicht aus, daß dem Empfänger, dem Tröbler auch noch ein besonderer Lohn versprochen wird, was auch die Quellen anerkennen in den Worten: „haec actio utilis est, etsi merces intervenit.“[5])

Aus der alternativen Obligation des Tröblers folgt, daß er ganz nach Belieben die Sache selbst zurückgeben oder den bestimmten Preis zahlen kann; es ist also ganz gleichgültig, was er mit der Sache vornimmt, mag er sie weiterverkaufen oder für sich behalten. Verkauft er aber die Sache, so thut er dies nicht im Namen des Eigenthümers, sondern, wenn auch mit dessen Willen, im eigenen Namen.[6])

§ 1.

Die juristische Begriffsbestimmung dieses eben in kurzen Zügen beschriebenen Geschäftes hat, wie bereits erwähnt, schon den Römern Schwierigkeiten bereitet. Sie haben das Geschäft sowohl mit dem Mandat als auch mit der societas, der Miethe und dem Kaufe in Verbindung zu bringen sich bemüht. Dies geht aus den Worten Ulpians hervor: „fuit magis dubitatum, cum res aestimata datur vendenda utrum ex vendito sit actio propter aestimationem: an ex locato quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto quasi operas conduxissem: an mandati? und in l 44 D pro socio 17, 2: si margarita tibi vendenda dedero ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.“

I. Es fragt sich hiernach zunächst: ist der Tröbelvertrag eine emptio venditio?

Die Römer dachten, wie aus l 1 § 1 D de aestimatoria 19, 3 hervorgeht, hauptsächlich wegen der aestimatio, der Preisbestimmung an einen Kauf, da eine solche aestimatio unter Umständen geeignet war, die Verkaufsklage eintreten zu lassen. So ist dies regelmäßig, wenn auch nicht

---

[5]) l 2 D h. t. 19, 3.

[6]) l 13 pr. D de praescr. verb. 19, 5. Förster, Pr. Privatr. II p. 150 Anm. 1.

immer der Fall z. B. bei einer dos venditionis causa aestimata.[7]) In l 10 § 4 D de jure dotium 23, 3 heißt es: si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub condicione est: namque hanc habet condicionem „si matrimonium fuerit secutum;" secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et vera fit venditio."

Dieselbe Wirkung wird angenommen, wenn der Pächter eines Grundstückes das instrumentum fundi abgeschätzt übernimmt.[8])

Wenn man jedoch die einzelnen Fälle, deren es außer den angeführten noch mehrere gibt, zusammenstellt und genauer betrachtet, so wird man finden, daß bei jedem derselben die Intention der Parteien darauf gerichtet war, daß die Aestimationssumme das einzige und unbedingte Restitutionsobject sein solle. Dies ist aber beim Tröbelvertrag ganz und gar nicht der Fall. Wollte man trotzdem einen Kauf annehmen, so würde dieser Annahme doch wieder ein neues Hinderniß entgegenstehen.

Wie wir gesehen haben, wird durch den Tröbelvertrag eine alternative Obligation des Tröblers begründet: er soll entweder den Preis zahlen oder die Sache zurückgeben. Allerdings kann auch beim Kauf die Möglichkeit einer Restitution der Sache selbst vorkommen, jedoch ist immer zwischen beiden Geschäften der wesentliche Unterschied, daß, wie Brinz[9]) sich recht präcise ausdrückt, im Tröbelcontrakt die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ, in obligatione ist. Hiermit ist auch zugleich die Frage beantwortet, ob der Tröbelvertrag als ein suspensiv bedingter Kauf aufgefaßt werden könne. Der Annahme eines resolutiv[10]) bedingten Kaufes würde in der Regel noch ein anderer Umstand entgegenstehen, nämlich der, daß das Eigenthum der Sache meist nicht unmittelbar auf den Tröbler übergehen soll,[11]) während doch bei einem resolutiv bedingten Kauf das Eigenthum sofort übergehen müßte.

Auf die Frage nach dem Eigenthumsübergange werde ich später noch genauer einzugehen haben. Den Beweis für eine conditionalis venditio aber aus den Quellen herbeizuschaffen ist Chambon[12]) gänzlich mißglückt, da er eben die Wirkungen, die ein Geschäft unter Umständen haben kann, mit dem Geschäft selbst verwechselt. So meint er in dem Falle, wo Dotal-

[7]) Bechmann, der Kauf nach gem. Recht II S. 562 ff. Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 22 ff.

[8]) l 3 D locati 19, 2.

[9]) Kritische Blätter civ. Inhalts Nr. 1 S. 13.

[10]) Liesching, Bericht auf die Frage auf wessen Gefahr Disponenden u. s. w. lagern (Stuttgart 1845) S. 66 ff. Schürmann, die Usancen des deutschen Buchhandels S. 165 ff. Dagegen Buhl in Goldschmidt's Zeitschrift XXV S. 178.

[11]) Dies kann allerdings auch anders sein: cfr. l 5 § 18 de trib. act. 14, 4. Bechmann, Kauf II S. 412.

[12]) A. a. O. S. 79.

objekte in der Weise abgeschätzt werden, daß sofort durch die aestimatio ein Kauf entstehen soll, sei das Geschäft ein Kauf mit der Bedingung, daß die Ehe geschlossen würde. Die Parteien wollen aber wie Chambon selbst sagt eine dos bestellen. Das Geschäft ist also eine Dosbestellung, folglich kann es doch kein Kauf sein.[13])

II. Schon die römischen Juristen haben unser Rechtsverhältniß auch der locatio conductio verglichen und zwar, wie aus den Worten Ulpians „an ex locato quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto quasi operas conduxissem“ hervorgeht, sowohl mit der locatio conductio operarum als auch mit der locatio conductio operis, denn man kann recht wohl das Verkaufen als operae wie als opus auffassen.

Nun steht aber bei der Miethe der Gewährung des uti licere des Einen als Gegenleistung stets und nothwendig ein bestimmter Preis, eine certa merces gegenüber. Dagegen ist es ein charakteristisches Merkmal des Tröbelcontraktes, daß der Tröbler den die aestimatio übersteigenden Erlös für sich behalten darf.[14]) Aber wenn man diesen Ueberschuß[15]) als Lohn, als merces für seine Bemühungen ansehen wollte, so würde doch immer noch die Annahme eines Miethverhältnisses an dem bereits erwähnten Umstand scheitern, daß der Lohn von vornherein bestimmt sein muß, was hier nicht der Fall ist.

Aber auch wenn eine merces festgesetzt ist, wird das Rechtsverhältniß noch immer nicht zur Miethe. Dies sagt auch schon Paullus[16]) mit den Worten: „haec actio utilis est, et si merces intervenit.“ Daß Paullus hiermit nur den eben genannten Satz ausdrücken will und nicht etwa damit sagen, die actio aestimatoria sei, wenn eine merces hinzukomme, eine utilis actio d. h. eine nur ad exemplum aestimatoriae actionis wird wohl heute Jeder zugeben. Denn abgesehen davon, daß eine solche Annahme, wie sie in der That Chambon[17]) vertritt, dem Begriffe einer actio utilis widerstreitet — denn von einer schon auf den konkreten Fall gestellten praescriptis verbis actio gibt es keine utilis actio[18]) — spricht gegen solche Auffassung auch noch der äußerliche Grund, daß hier nicht utilis actio, sondern actio utilis steht. Ueberall aber, wo im corpus juris eine analoge Klagenanwendung ausgedrückt wird, findet sich die

[13]) Brinz S. 14.

[14]) Glück, Erl. XVIII S. 65 Note 58.

[15]) Wendt a. a. O. S. 387. 388 will diesen Ueberschuß eventuell als Versicherungsprämie für die Uebernahme der Gefahr Seitens des Tröblers betrachten; aber es fehlen alle Charakteristika der Prämie, insbesondere die Sicherheit für den Empfänger, wirklich den Betrag zu erhalten.

[16]) l 2 D h. t.

[17]) A. a. O. S. 99. Brinz S. 7.

[18]) Förster S. 175 Note 1.

Stellung utilis actio, während hier durch die Stellung des utilis hinter actio kein terminus technicus gegeben werden soll, sondern utilis nur in seiner eigentlichen adjectivischen Bedeutung gebraucht ist.

Das Festsetzen einer merces, eines Lohnes macht also doch noch nicht unseren Vertrag zur Miethe. Und mit Recht! Denn mit dem Begriffe der Miethe ist nicht der Satz zu vereinbaren, daß der Tröbler den Ueberschuß behalten darf. Gesetzt, ich gebe einem Dienstmanne eine Sache zum Verkauf gegen einen bestimmten Lohn, so wäre dies ohne Zweifel eine reine locatio conductio. Anders aber, wenn ich durch ihn die Sache verkaufen lasse gegen einen bestimmten Lohn, aber mit der Festsetzung, er solle nur die aestimatio zahlen, den Ueberschuß aber des Erlöses für sich behalten können. Hier besteht offenbar der wahre Lohn aus der bestimmten merces plus dem Ueberschuß aus dem Erlös. Der Lohn selbst aber, die Summe desselben ist also auch hier nicht vollständig gewiß; es ist nur ein Theil desselben bestimmt, das Ganze noch ungewiß. Somit ist auch hier wieder wegen der Ungewißheit des Lohnes eine locatio conductio sei es operis sei es operarum ausgeschlossen.

Daß aber der Tröbelvertrag sich nicht mit der locatio conductio rei vergleichen läßt, haben schon die römischen Juristen eingesehen und stillschweigend anerkannt, da sie nur den Vergleich mit der Dienstmiethe und der Werkverdingung erwähnen. Dennoch hat Chambon[19]) diesen Vergleich mit herangezogen. Die Differenz ist aber hier zu augenfällig, als daß darüber noch viel Worte zu machen wären.

III. Es vergleichen auch die Römer, wie fast allgemein angenommen wird, den Tröbelcontrakt mit der Societät, aber, bemerkt Brinz,[20]) wie es scheint, nicht recht sicher.

Wir wollen hier nicht untersuchen, ob die römischen Juristen wirklich diesen Vergleich angestellt haben, denn Ulpian führt ihn bei Nennung der Anderen nicht mit auf, sondern wir wollen von der Annahme ausgehen, daß in den als Basis dienenden Stellen wirklich Ulpian den Tröbelcontrakt meint. Die beiden Stellen sind die l 13 pr. D de praescr. verb. 19, 5 und l 44 D pro socio 17, 2.[21])

In der letzteren Stelle wird die Annahme einer Societät deshalb ausgeschlossen, weil die Willensrichtung der Contrahenten nicht auf Entstehung eines Gesellschaftsverhältnisses gerichtet war. Es wird also hier als entscheidendes und unterscheidendes Merkmal der animus contrahendae

---

[19]) A. a. O. S. 97 ff.

[20]) A. a. O. S. 15; zu vergl. Gruchot S. 152 Note 2.

[21]) Si margarita tibi vendenda dedero ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem: si pluris quod excedit tu haberes: mihi videtur, si animo societatis contrahendae id actum sit pro socio esse actionem; si minus praescriptis verbis.

societatis angenommen, d. h. wenn dieser animus nicht vorhanden ist, kann auch keine societas vorhanden sein. Kein animus societatis contrahendae liegt aber dann vor, wenn der, der die Sache zum Verkauf gegeben hat, den Anderen non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.[22])

Den Sinn der letzten Worte stellt Chambon[23]) so dar, als ob in denselben ausgedrückt wäre, „weil der Eine an dem ungünstigen Erfolg des Weiterverkaufs nicht theilnehme." Das Wesen der Societät aber bringe es mit sich, daß Gewinn und Verlust für die Gesellschafter gemeinschaftlich sind.

Hiergegen wendet Brinz[24]) mit Recht ein, daß recht wohl bei einem Societätsverhältniß Einer von mehreren socii alles damnum übernehmen könne. Nach seiner Meinung darf „certo pretio" nicht mit „rem vendendam" zusammengenommen werden, als ob es heiße rem certo pretio vendendam, denn damit wäre die Nebenbestimmung „ut quo pluris vendidisses tibi haberes" im Widerspruch; der Herr gebe hier certo pretio hin und das certum pretium sei hier der Kaufschilling; hiermit stimmten auch die Schlußworte „sibi certum pretium excepit" überein. Der Herr erhalte also hier die Stellung eines Verkäufers und der Empfänger könne daher nicht als sein socius aufgefaßt werden.

Nun, man mag die Worte: „quia societas non videtur contracta in eo qui te non admisit u. s. w." im Sinne von Chambon oder von Brinz nehmen, soviel steht sicher fest, daß jene beiden Stellen das Hauptgewicht auf den animus societatis contrahendae legen, ohne den in unserem Falle eine societas nicht denkbar ist.

Wenn man aber einmal den Trödelvertrag mit der Gesellschaft vergleichen will, so scheint auch noch ein anderer Grund für die Verschiedenheit beider Rechtsverhältnisse vorhanden zu sein. Wie schon zum öfteren erwähnt, gehört es zum Wesen des Trödelcontraktes, daß der Trödler sich von seiner Verbindlichkeit willkürlich frei machen kann, entweder dadurch, daß er den dafür bestimmten Werth, die aestimatio zahlt, oder dadurch, daß er die Sache selbst zurückgibt. Wollen wir nun das Geschäft als eine societas auffassen, so würde es doch offenbar eine Gesellschaft sein, welche zum Zweck hat den Verkauf der Sache. Der Eigenthümer gibt die Sache, der Andere seine Thätigkeit. Würde nun letzterer die Sache zurückgeben, so würde doch nach den Grundsätzen der societas hierin eine Auflösung des Gesellschaftsvertrages durch einseitigen Rücktritt — renuntiatio — des einen Gesellschafters liegen. Dieses ist an sich gestattet,

[22]) l 13 pr. D praescr. verb. 19, 5.
[23]) A. a. O. S. 109.
[24]) A. a. O. S. 16.

begründet aber nach l 14. 17 § 2 D pro socio 17, 2 bei Aufkündigung zur Unzeit die Verpflichtung zum Schadensersatz. Dies Moment ist aber mit dem Begriff des Trödelvertrages durchaus nicht vereinbar, denn der Trödler hat eben das Recht, nach Belieben die Sache oder die aestimatio zu geben.

IV. Am meisten ähnlich ist der contractus aestimatorius unstreitig dem Mandatsverhältniß, namentlich in dem Falle, wo der Tradent der Sache den Anstoß zu dem Geschäft gibt. Aber schon Ulpian[25]) selbst gibt den Unterschied ganz bestimmt an, wenn er in dem Falle „si tibi vendendam rem certo pretio dedissem ut quo pluris vendidisses tibi haberes“ deshalb keine mandati actio geben will „quia mandata gratuita esse debent.“ Wir sehen also, die Annahme eines Mandates wird vereitelt durch die Gratuität desselben, denn wie Paullus sagt mandatum nisi gratuitum nullum est.[26]) Hier könnte man freilich einwerfen — und Chambon[27]) hat dies auch gethan —, daß die Unentgeltlichkeit der aufgetragenen Geschäftsführung gar nicht das Charakteristische des Mandates ausmache, weil ja auch bei dem Mandat später ebensogut ein salarium vorkam wie beim contractus aestimatorius. Allerdings läßt sich dies an sich nicht bestreiten, jedoch steht es wohl auch ebenso fest, daß das salarium nicht für solche Dienste vorkam, wie sie Tagelöhner und Handarbeiter zu leisten pflegen. Ebenso klar ist es aber, daß der Trödler von vornherein nicht die Absicht hat, das übernommene Geschäft ex officio et amicitia auszuführen, lediglich um dem Tradenten einen Gefallen zu erweisen, sondern einzig durch die Aussicht auf einen entsprechenden Lohn sich dazu verstanden hat.[28]) Aber wenn man auch auf das Moment der Unentgeltlichkeit nach heutiger Rechtsauffassung gar kein Gewicht legen will, so schließt doch die Befugniß des Trödlers, die Sache zu behalten, die reine Mandatsnatur des Trödelvertrages aus.

V. Dagegen könnte man schließlich versucht sein, in unserem Vertrage ein Commissionsgeschäft zu sehen, und namentlich den Fall desselben, wo der Commissionär das Commissionsgut selbst übernimmt. Der Unterschied beider Geschäfte liegt jedoch auf der Hand. Denn der Trödler ist nicht wie der Commissionär verpflichtet, Rechnung zu legen und den etwa erlösten Ueberschuß abzuliefern, vielmehr darf er wie besonders hervorgehoben worden ist, den Ueberschuß für sich behalten; denn er verkauft nicht blos im Interesse des Eigenthümers, sondern wesentlich in seinem eigenen

[25]) l 13 D pr. verb. 19, 3.
[26]) l 1 § 4 D mand. 17, 1.
[27]) A. a. O. p. 102.
[28]) Brinz a. a. O. p. 11.

Interesse, er führt sein eigenes Geschäft, der Commissionär dagegen ein fremdes. [29])

Diese Momente lassen auch den Unterschied des Tröbelcontraktes von dem Fall erkennen, wo der Commissionär das Commissionsgut selbst übernimmt. Zum Ueberfluß mögen hier die Worte Bechmann's [30]) Erwähnung finden, der sich folgendermaßen ausspricht: „beim Tröbelvertrage erhält der Eigenthümer immer die nämliche Summe und der selbstkaufende Tröbler benachtheiligt daher höchstens sich selbst. Anders beim Auftrag zum verkaufen, wo der höchstmögliche Preis zu Gunsten des Eigenthümers zu erzielen ist. Wird daneben ein Preis bestimmt, um welchen der Beauftragte selbst kaufen kann, so steht dieser Umstand offenbar dem Verkauf an Dritte um den möglichst hohen Preis hindernd im Wege. Deshalb kann hier nicht so wie beim Tröbelvertrage die alternativ konkurrirende Absicht des Verkaufes an den Beauftragten selbst ohne weiteres als selbstverständlich angenommen werden; namentlich kann ein für den Weiterverkauf gegebenes Limito nicht schlechthin als der Preis verstanden werden, wofür jenem die Sache selbst zum Verkauf angeboten ist. Das alternative Verhältniß tritt vielmehr nur unter besonderen Voraussetzungen ein.“ [31])

Bechmann [32]) selbst meint, der Tröbelvertrag sei ein Vertrag für sich, der aber im concreten Fall als Kauf verlaufen und wirken kann. Hiermit sagt er aber nichts Neues, denn dies haben auch schon die römischen Juristen erkannt und in dieser Aehnlichkeit mit dem Kauf und anderen Contrakten liegt ja eben die ganze Schwierigkeit. Bechmann sagt eigentlich dasselbe, was schon Chambon [33]) behauptet hat, nur in etwas vorsichtigerer Weise; im Grunde aber ist er auch der Ansicht, der Tröbelcontrakt sei unter Umständen ein Kauf. Denn was soll das anders heißen: Der Tröbelvertrag kann im concreten Fall als Kauf verlaufen und wirken? Eine „kaufrechtliche Absicht“, von der Bechmann spricht ist im Tröbelgeschäft auch nicht vorhanden, denn die Parteien wollen keinen Kauf; ist aber eine kaufrechtliche Absicht da, so wollen sie eben einen Kauf, und man braucht nicht von einem als Kauf verlaufenden und wirkenden Tröbelvertrag zu reden.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich also, daß der Fall, wo eine res aestimata einem Dritten mit der Bestimmung übergeben wird, entweder den festgesetzten Preis zu zahlen oder die Sache selbst zurückzugeben, keinem der genannten Contrakte sich einverleiben läßt, daß hier vielmehr ein selbständiger Contrakt vorliegt.

---

[29]) Seuffert's Archiv XI Nr. 144.
[30]) Bechmann, Kauf II S. 413.
[31]) H. G. B. Art. 376.
[32]) A. a. O. S. 411.
[33]) s. o. bei Note 10.

§ 2.

Die Frage, ob der Trödelvertrag ein Realvertrag oder ein Consensualvertrag sei, hat ebenfalls zu sehr ausführlichen Erörterungen Veranlassung gegeben. Auch das Reichsoberhandelsgericht[34]) ist ihr näher getreten und hat sie dahin entschieden, daß es die Aushändigung der zu vertrödelnden Sache an den Trödler für ein wesentliches Erforderniß erachtet und annimmt, daß diese Aushändigung durch die Erklärung, daß der Eigenthümer die Sache dem Anderen zum Verkauf überlasse, nicht ersetzt werden könne.

Die Frage ist in der That von praktischer Bedeutung, nämlich ob der Trödler einen Anspruch auf Ueberlassung der Sache kraft Consensus haben kann und ob umgekehrt der Eigenthümer der Sache die Uebernahme derselben verlangen kann.

Daß der contractus aestimatorius nach römischem Recht zu den Realcontrakten zu rechnen ist, d. h. daß er erst durch das Hingeben der Sache vollzogen wurde, ist wohl kaum bezweifelt worden. Um so mehr gehen aber die Ansichten darüber auseinander, zu welcher Kategorie er im heutigen Recht gehöre. Die meisten Schriftsteller und unter ihnen ganz besonders Brinz[35]) und Windscheid,[36]) auch das Reichsoberhandelsgericht[37]) erklären ihn in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen für einen Realcontrakt.

Die Streitfrage hierüber fällt naturgemäß mit der allgemeinen zusammen, ob das heutige Recht noch Realcontrakte kennt. Hier aber einfach zu sagen, daß es keine Realcontrakte mehr gebe, weil bei uns allgemein consensus genüge, halte ich nicht für richtig. Vielmehr müssen wir mit Unger[38]) sagen, daß es auch im heutigen Recht Verträge gibt, welche erst durch die Hingabe (res, datio) zu Stande kommen.

Ob und welche Realverträge es im heutigen Recht noch gibt, diese Frage läßt sich leicht beantworten, wenn man bedenkt, daß eine res zur Begründung einer obligatio hauptsächlich in zwei Fällen nothwendig war: einmal wegen des Grundsatzes der Unverbindlichkeit des nudum pactum und dann aus inneren Gründen immer, wenn sich ohne das Genommenhaben die concrete Verpflichtung gar nicht denken läßt. Hiernach muß aber der Trödelcontrakt im heutigen Recht unbedingt zu den Consensualverträgen gerechnet werden. Denn abgesehen davon, daß in unserem Recht jener Grundsatz von der Unverbindlichkeit des bloßen Versprechens hinweg-

---

[34]) Entsch. v. 25. Sept. 1872. VII, 45.

[35]) S. 19 ff.

[36]) Pandekten II § 383.

[37]) A. a. O.

[38]) Jahrb. f. Dogm. VIII S. 18. Förster a. a. O. S. 176 Note 2.

gefallen ist und schon aus diesem Grunde der contractus aestimatorius Consensualcontrakt sein müßte, wird auch Niemand unseren Vertrag zu der zweiten Kategorie von Fällen rechnen können, wo eine res zur Begründung einer obligatio aus inneren Gründen nothwendig ist, denn die Rückgabe der Sache ist es keineswegs — wie z. B. Windscheid a. a. O. annimmt — was das eigentlich Charakteristische der Verpflichtung des Tröblers ausmacht.

Der Trödelvertrag ist demnach im heutigen Recht ein Consensualvertrag.[39]) Hierdurch tritt aber eine totale, principielle Umänderung seines Wesens ein; denn während nach römischem Recht von einem klagbaren Verhältniß nicht eher die Rede sein konnte, als bis die Sache hingegeben war, wird jetzt einerseits der Trödler sofort durch den Consens berechtigt, auf Aushändigung der Waare zu klagen, andererseits der Herr der Sache berechtigt, auf Uebernahme seitens des Trödlers zu bringen.

§ 3.

Die Frage, ob bei dem Trödelcontrakte das dare Eigenthumsübertragung oder bloße Tradition, Besitzübertragung bedeute, konnte eigentlich nur bei der früheren verkehrten Auffassung des Rechtsverhältnisses auftauchen, wonach dem Trödelcontrakt in Folge der Aestimatio geradezu der Charakter eines Verkaufs beigelegt wurde. So sieht Lauterbach[40]) im Anschluß an mehrere Aeltere in dem Eigenthumsübergang beim contractus aestimatorius die Verwandtschaft mit dem Kauf und den Unterschied vom Mandat; J. H. Böhmer[41]) widmet der Frage sogar eine eigene Dissertation, aus der dann wieder Leyser,[42]) Hellfeld[43]) u. A. schöpften. Von den Neueren vertritt bloß Puchta[44]) diese Ansicht, während die übrigen Schriftsteller den Eigenthumsübergang einfach verneinen bezw. noch den Fall angeben, wann Eigenthumsübergang erfolgen kann.[45])

Die Unrichtigkeit der Ansicht derer, die den Eigenthumsübergang als eine Folge ihrer Auffassung des contractus aestimatorius als Verkauf erhalten, ist schon früher gezeigt worden. Auch die entgegengesetzte Ansicht,

---

[39]) So auch Chambon S. 46. Brinz S. 19. Gruchot S. 149. Unterholzner II S. 304. Demelius III S. 409. Unger a. a. O. VIII S. 18. Förster S. 176.
Bechmann Kauf II S. 412 sagt auch hier wieder vorsichtig: „für das heutige Recht ist der Trödelvertrag auch als Consensualvertrag möglich."

[40]) Colleg. theor. pract. XIX, 3 § 9. s. auch Puchta, Pandekten § 313.

[41]) Dissert. de translatione dominii in contractu aestimatorio § 36.

[42]) Meditationes ad Pand. Spec. CCXXI. IV. vol. IV p. 701.

[43]) Jurisprudentia forentis tom. I § 1066.

[44]) s. Note 40. vgl. Wendt a. a. O. S. 392 ff.

[45]) Gegen Eigenthumsübergang insbes. Chambon p. 68. Gluck S. 68. Die herrschende Ansicht begründet näher Bechmann II S. 412. 413.

daß der Eigenthumsübergang allemal erst durch Zahlung der Aestimationssumme erfolge, wird keinen Vertheidiger mehr finden; dagegen wird jetzt fast allgemein der von Brinz aufgestellte Satz anerkannt, daß lediglich der Wille der Paciscenten darüber entscheide, ob schon mit der Hingabe der Sache auch das Eigenthum übergehen solle oder nicht. Denn es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß das Eigenthum lediglich auf Grund des contractus aestimatorius übergehe; am allerwenigsten läßt sich eine solche Annahme aus den Quellen herleiten, denn das Wort dare deutet bei Realcontrakten nicht auf eine Eigenthumsübergabe hin. Außerdem aber finden wir überall, wo es sich um Hingabe einer Sache zu irgend einem Zwecke handelt, wie beim Depositum, dem Commodat, dem Pignus u. a. m. als die regelmäßige Erscheinungsform die, daß der Empfänger den Besitz erhält, und nur, wenn es der besondere Wille der Parteien ist, Eigenthum.[46]) Warum soll dies nicht auch beim Tröbelcontrakt der Fall sein? Hiergegen kämpft freilich Leist,[47]) indem er beim contractus aestimatorius Eigenthumsübergang nur annehmen will bei fungibeln Sachen nach Analogie des depositum irregulare und außerdem in dem Falle, wo zwar der Tröbler die Sache selbst eventuell restituiren soll und er die Aestimationsleistung wählt, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Tröbler die Aestimation wirklich gezahlt oder creditirt erhalten hat. Im Uebrigen aber verbleibe das Eigenthum beim Herrn der Sache und wenn die Parteien noch so viel den animus dominii transferendi et accipiendi erklärten. Ein Beweis hierfür liege in dem Umstand, daß man nicht lediglich auf Grundlage eines obligatorischen Verhältnisses, dessen Wesen an sich bloße Besitz- oder nur Detentionsübergabe voraussetzt, Eigenthum übertragen könne; dies gehe in der bestimmtesten Weise aus l 45 pr. D de R. J. 50, 17 hervor.

Aber diese Argumentation kann in keiner Weise als richtig anerkannt werden; vielmehr bleibt es doch dem Eigenthümer unbenommen, einem Anderen eine Sache dergestalt zur Aufbewahrung zu übergeben, daß dieser das Eigenthum der Sache mit Restitutionspflicht erhält. Ob dieses Geschäft dann in einem weiteren Sinne als Depositum bezeichnet werden kann, ist natürlich eine andere Frage.

§ 4.

Die bedeutendste Controverse in der Lehre vom Tröbelcontrakt ist die: ob der Tröbler die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache zu tragen habe.

[46]) Zu vergl. hierzu l 5 § 18 de tribut. act. 14, 4 und l 26 de praescr. verb. 19, 5; s. Wendt bei Jhering XXII S. 396.

[47]) Mancipation und Eigenthumstradition p. 239. 254. Dagegen Bekker in krit. V. J. Schr. IX p. 254—259.

Für diese Frage dienen als quellenmäßige Unterlage hauptsächlich zwei Aussprüche von Ulpian: die l 1 § 1 D de aestimatoria 19, 3 und l 17 § 1 D de praescr. verb. 19, 5.

Der Streit rührt daher, daß man sagt, in der einen Stelle spreche Ulpian lediglich dem Tröbler die Gefahr zu, während er in der anderen unterscheide, ob der Anstoß zu dem Geschäft von dem Geber oder dem Nehmer ausgegangen sei; hier trage, je nachdem, der Eine oder der Andere die Gefahr. Es sind nun, um diesen angeblichen Widerspruch zu heben, die mannigfachsten Versuche gemacht worden, auf die hier näher einzugehen zu weit führen würde. Nur einige neuere Versuche mögen hier Erwähnung finden. Brinz [48]) sieht als maßgebend den Ausspruch Ulpians an, wonach bald der Tröbler die Gefahr trägt, bald der Herr der Sache; dies sei eine Besonderheit insofern, als sonst bei ästimatorischen Contrakten der Empfänger gewöhnlich das periculum trage. Auf diese Besonderheit nehme aber Ulpian in l 1 § 1 D de aest. 19, 3 deshalb keine Rücksicht, weil er hier nicht vom Tröbelcontrakte allein, sondern von den ästimatorischen Contrakten überhaupt rede. Diese Allgemeinheit der Stelle will Brinz hauptsächlich dadurch darthun, daß er die Worte „quotieus — praescriptis verbis actionem“ für eine Ungereimtheit erklärt und die Stelle durch einige sog. Emendationen für seine Ansicht brauchbar zu machen sucht. [49])

Ist es aber an sich schon bedenklich, daß Ulpian hier, wo er den Tröbelcontrakt speciell behandelt, plötzlich von den ästimatorischen Contrakten im allgemeinen reden sollte, so ist es noch viel bedenklicher, daß sich Brinz nicht anders zu helfen weiß, als durch Emendationen die Stelle zu erklären. So lange aber eine Stelle ohne dergleichen „Verbesserungen“ noch einen vernünftigen Sinn ergibt, soll man sie auch nehmen, wie sie ist. Daß aber ein solcher Sinn sich ergibt, will ich weiter unten beweisen.

Lipp [50]) hält in der erwähnten Stelle Alles für so morsch, daß auch nicht ein Wort mehr halte; er findet gleichfalls in ihr keinen vernünftigen Sinn und nach ihm ist die ganze Stelle als unecht anzusehen; der darin enthaltene Satz rühre von der Hand eines Interpreten her, der weder der lateinischen Sprache völlig mächtig noch fähig war, einen juristischen Gedanken scharf zu fassen. Nach seiner Ansicht trägt immer der Empfänger die Gefahr; dies sei in l 1 § 1 D de aest. 19, 3 deutlich ausgesprochen. Die anderen Stellen, die nach der gewöhnlichen Ansicht vom Tröbelcontrakt reden, enthalten nach Lipp's Meinung ein ganz anderes Rechtsverhältniß.

[48]) A. a. O. S. 37 ff.

[49]) Die Emendation von Brinz hat (unabhängig von ihm) auch Jhering (Jahrb. XV S. 384) aufgestellt. Ihr schließt sich an Bechmann II S. 409.

[50]) Beitrag zur Lehre vom Tröbelvertrag S. 23.

Dies gehe schon daraus hervor, daß sie unter dem Titel „actiones praescriptis verbis" stehen.

Ist nun aber dieser Grund schon sehr wenig stichhaltig, so ist auch die Annahme, daß die actio aestimatoria nicht zu den praescriptis verbis actiones zu rechnen sei, nicht als richtig anzuerkennen.

Daß aber die actio aestimatoria keine praescriptis verbis actio sei, sucht Lipp aus § 28 Jnst. de actionibus 4, 6 zu erweisen, welcher in der Aufzählung der bonae fidei actiones den Satz enthält: „ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione competit et hereditatis petitio." Bisher seien die Worte praescriptis verbis quae de aestimato proponitur als Bezeichnung eines Begriffes aufgefaßt worden. Die Stelle erlaube aber auch eine andere Auslegung, denn der Ausdruck praescriptis verbis könne so gut wie die vorangehenden kurzen Benennungen familiae erciscundae und communi dividundo als ein selbständiger Begriff aufgefaßt werden. Hieraus würde aber folgen, daß alle praescriptis verbis actiones zu bonae fidei actiones geworden sind, während vorher von diesen nur die beiden de aestimato und ex permutatione dazu gehörten.

Es hat also das ganze Gebäude des Beweises bei Lipp lediglich den Grundsatz zur Basis, daß alle actiones praescriptis verbis auch bonae fidei actiones seien. Er spricht aber damit durchaus keinen neuen und selbständigen Gedanken aus, sondern greift damit einen von Savigny[51]) aufgestellten Satz wieder auf, ohne es jedoch der Mühe für werth zu halten, die Richtigkeit dieses Satzes zu beweisen. Schon Savigny spricht die Meinung aus, daß alle actiones praescriptis verbis auch bonae fidei gewesen seien; die von ihm angeführten Gründe können dies aber nicht genügend beweisen.

Lipp vollends zieht aber selbst gar nicht diesen Schluß aus seiner Hypothese und läßt die Frage ganz unbeantwortet. So lange aber der Lipp-Savigny'sche Satz nicht vollständig bewiesen ist, so lange steht auch das Beweisgebäude Lipp's auf „morschem" Grunde und es ist bis dahin seine Ansicht als eine verfehlte zu bezeichnen.

Um aber auch auf Brinz zurückzukommen, welcher in dem Satz „quotiens — aestimationem" einen allgemeinen Gedanken ausgesprochen sehen will, so ist auch diese Auslegung unhaltbar, denn der ganze Satz enthält durchaus keine Ungereimtheiten und hat einen ganz vernünftigen Sinn, wenn man auch zugeben muß, daß der Bau des Satzes etwas ungeschickt gemacht ist.

[51]) System Bd. V Beil. XIII. 2. Note f.

Ulpian sagt: actio de aestimato proponitur, tollendae dubitationis gratia. fuit enim magis dubitatum cum res aestimata vendenda datur utrum ex vendito sit u. s. w. Er sagt also: die actio aestimatoria wurde gegeben, um Zweifel zu beseitigen. Hier schaltet er nun den Zwischensatz ein, worin die Zweifel bestanden und erwähnt die Contrakte, mit denen der Trödelcontrakt Aehnlichkeit hätte. Nach diesem Zwischensatz nimmt er den ursprünglichen Gedanken wieder auf und setzt das in Rede stehende Verhältniß fast mit denselben Worten auseinander. Wenn man die beiden Hauptsätze genau betrachtet oder wohl gar synoptisch gegenüberstellt, so stimmen sie beinahe wörtlich überein. Der erste Satz fängt an:

Actio ... proponitur, tollendae dubitationis gratia;

der zweite: melius itaque visum est, hanc actionem proponi.

Hier und dort: actio proponitur.

Den ersten Satz begründet Ulpian mit den Worten: fuit enim magis dubitatum, den zweiten mit: quotiens ... ambigeretur. Im ersten Satz sagt er: es war zweifelhaft, ob diese oder jene Klage zu geben sei; im zweiten: so oft der Name eines Contraktes d. h. seine juristische Rubricirung in Frage kam und es doch erforderlich wurde eine Klage zu geben.

Es muß jedem aufmerksamen Leser dieser Zeilen in die Augen fallen, daß hier in beiden Sätzen genau dieselben Gedanken ausgesprochen sind, nur in etwas veränderter Gewandung. Allerdings hat der zweite Satz dem ersten gegenüber eine Lücke. Man wird aber ohne große Bedenken die Lücke aus dem ersten Satze ergänzen dürfen, ja müssen und man erhält dadurch einen Sinn, wie er offenbar dem Willen Ulpians entspricht. Beide Sätze stimmen genau überein, nur stehen im ersten Satze mehr die Worte: cum res aestimata vendenda datur. Diese müssen zur Vervollständigung der Uebereinstimmung beider Sätze im zweiten Satz ergänzt werden und zwar gehören sie nach der ganzen Struktur der Sätze zwischen die Worte „enim“ und „de nomine.“

Hiernach würde der ganze Satz lauten: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem an ex locato quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi: quotiens enim cum res aestimata vendenda datur de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem.

Es gibt also der ganze zweite Satz noch einmal den Sinn des ersten wieder und ich möchte der Vermuthung von Brinz beitreten, daß Ulpian uns in den Worten „quotiens etc.“ geradezu eine Paraphrase des Ediktes

gibt, um so mehr, als hier mit einem Male die indirekte Redeweise vorherrscht. Jedenfalls besteht hier keine Ungereimtheit und der Satz ist nicht so morsch, wie Lipp denkt.

Nach den bisherigen Ausführungen hätte nun weder Brinz Recht, welcher die oben erwähnten anscheinend sich widersprechenden Pandektenstellen dadurch in Einklang zu bringen versucht, daß er die l 1 § 1 D de aest. 19, 3 für eine Allgemeinheit erklärt, noch Lipp, welcher den Tröbler stets die Gefahr tragen läßt mit Bezug auf die l 1 cit., indem er meint, daß die anderen Stellen gar nicht vom Tröbelcontrakt reden. Der ganze Streit und die Ungewißheit rühren aber daher, daß man die Worte: „aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit“ nicht richtig gedeutet hat deshalb, weil man die beiden Sätze nicht in ihrem unmittelbaren Zusammenhange betrachtet hat.

Der Satz beginnt: aestimatio autem. Warum autem? fragt mit Recht Brinz. Der Commentar de aestimato folgt auf eine Reihe bonae fidei judicia; er vergleicht diese seine aestimatoria mit den schon abgehandelten bonae fidei judicia; alles wie dort; nur in einem Stück Unterschied: während sonst Alles in das Ermessen des Richters gestellt ist, ergibt sich die Gefahr ejus qui suscepit aestimationem — qui aestimationem se praestaturum recepit, wie es in l 5 § 3 D commod. 13, 6 heißt — d. h. des Tröblers aus der Aestimation: hier sind dem Ermessen des Richters Grenzen gezogen, denn der Tröbler debet aut rem aut aestimationem, er muß entweder die Sache unversehrt zurückgeben oder den ausgemachten Preis zahlen; der Schadensersatz besteht in jedem Falle in der Aestimationssumme und es ist hier jedes Ermessen des Richters ausgeschlossen. Dies ist der Sinn der Worte aestimatio facit periculum ejus qui suscepit. Damit ist aber doch keineswegs gesagt, daß der Tröbler immer die Gefahr zu tragen hätte; aestimatio facit[52]) heißt hier offenbar nicht: die Aestimatio bewirkt die Gefahr — denn die Aestimation bewirkt, wie auch Brinz bemerkt, nichts, also auch keine Gefahr — sondern facit ist im vulgären Sinne zu nehmen: während sonst Alles in das Ermessen des Richters gesetzt ist, bestimmt hier die Aestimation die Gefahr des Tröblers; sie bewirkt keine Gefahr, sondern sie bestimmt dieselbe, sie setzt die Höhe der Entschädigungssumme von vornherein fest, m. a. W. sie fixirt das Risiko des Tröblers seinem Vermögenswerthe nach, sodaß auch im Falle einer bloßen Beschädigung der Sache der Tröbler die Aestimationssumme zahlen muß.[53])

[52]) s. Gruchot S. 163 Nr. 2 a. E.

[53]) vgl. Wendt a. a. O. S. 385. 386.

Es fragt sich nun allerdings, in welchen Fällen der Trödler zu haften hat. Hier ist zunächst der Begriff periculum kurz zu erörtern, da über demselben meist ein verworrenes Dunkel lagert. M. E. und soviel auch aus den Quellen zu ersehen, ist periculum gar kein besonderer Begriff mit einer specifischen Bedeutung, sondern drückt eben nur dasselbe aus, was auch der deutsche Begriff „Gefahr" sagen will, und nur aus dem besonderen Zusammenhange läßt sich manchmal die Bedeutung des periculum als besonderes periculum casus herauslesen. Das periculum kann in zweierlei bestehen: entweder im völligen Untergang oder in Beschädigung einer Sache. Jedes dieser beiden pericula kann dann wieder herbeigeführt werden entweder durch culpa oder dolus einer Person oder durch einen Zufall.[54])

Hiernach würde die Frage nach dem Tragen der Gefahr beim Trödelcontrakte folgende Form annehmen: haftet der Trödler für Zufall oder culpa oder dolus und wann? Drei Fälle sind dabei zu unterscheiden:

1. wenn der Contrakt so zu Stande gekommen ist, daß die Parteien dumtaxat consenserunt;
2. wenn der Anstoß zu dem Geschäft von dem Trödler ausgegangen ist;
3. wenn der Anstoß zu dem Geschäft von dem Geber ausgegangen ist.

Die gewöhnlichste Haftung bei obligatorischen Verhältnissen ist die, daß der Schuldner, wenn nichts anderes ausgemacht ist für dolus und omnis culpa einzustehen hat. Dies werden wir auch beim contractus aestimatorius anzunehmen haben und es wird von Ulpian mit den Worten bestätigt: si neuter nostrum — scl. rogavit — sed dumtaxat consensimus, teneri te (d. h. der Trödler) hactenus ut dolum et culpam mihi praestes.[55])

Ist nun die Anregung zu dem Geschäft von dem Trödler ausgegangen d. h. liegt der Abschluß desselben hauptsächlich in dessen Interesse, so liegt hier der Fall ähnlich wie in 1 5 § 3 D commod. 13, 6; hier heißt es: „commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit." Hier wie dort überwiegt das Interesse des Empfängers und deshalb ist eine erhöhte Haftung desselben wohl am

[54]) Hasse, die Culpa § 77 sagt: Periculum heißt, angewandt auf ein Rechtsverhältniß zu Andern, Gefahr, welche dem fremden von uns vorzunehmenden Geschäft oder der fremden Sache von außen oder durch unsere eigene Handlung droht und welche sich durch unsere Vorsicht abwenden läßt oder nicht. s. 1 14 § 3 1 16 D de furtis 47, 2.

[55]) 1 17 § 1 D de praescr. verb. 19, 5 s. Wendt a. a. O. S. 389.

Platze, hier muß er sogar omne periculum präſtiren, er haftet nicht bloß für seine culpa oder seinen dolus, sondern er muß auch im Falle eines zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Beschädigung der Sache die Aestimation leisten. Aber er haftet für den casus nur dann, wenn 'aliqua ejus culpa interveniat d. h. also nicht für den eigentlichen Zufall, den casus fortuitus, denn casus a nullo praestantur.

Es hat also hiernach der Tröbler nur das durch seine culpa herbeigeführte periculum zu tragen; gleichwohl soll er aber wegen seines Interesses eine erhöhte Haftung übernehmen, er soll über culpa und diligentia hinaus haften und doch noch nicht für den eigentlichen casus einstehen müssen. Hier muß man wohl mit Emmerich[56]) periculum in der Bedeutung von custodia auffassen. In dieser Bedeutung kommt es in den Quellen sehr häufig vor und wird namentlich von Ulpian selbst gebraucht, wie u. A. in l 47 § 1 D fam. ercisc. 10, 2. l 14 § 16 D de furt. 47, 2. l un § 4 D furti adv. nautas 47, 5. Der Tröbler haftet also für custodia, diligentia in custodiendo, mithin für Entwendung oder Beschädigung der ihm anvertrauten res aestimata. Dasselbe spricht auch für einen andern Fall ein Fragment Ulpians aus, die l 1 § 35 D depositi 16, 3: sed et si quis se deposito obtulit, idem Julianus scribit periculum se depositi illigasse ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos."

Während also hier eine gesteigerte Haftung des Tröblers aus der Natur der Sache folgt, muß man auf der anderen Seite wieder zugeben, daß da, wo der Geber der am meisten Interessirte ist, die Haftung des Tröblers auf ein möglichstes Minimum reducirt werden muß. Ulpian sagt bloß: si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum. Jedoch läßt sich der Grad der Haftung des Tröblers leicht aus dem folgenden ergänzen, wo Ulpian von dem Falle spricht si rem tibi inspiciendam dedi. Er unterscheidet hier: si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque (wie vorher: sed dumtaxat consensimus) et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum. Weil also das Hauptinteresse an dem Geschäft der Geber hat, soll er auch den größten Theil der Gefahr selbst tragen und dementsprechend soll der Empfänger nur für dolus haften. Hieraus muß man auch auf die von Ulpian kurz zuvor erwähnte Stelle zurückschließen, wo vom Tröbelcontrakt die Rede ist, sodaß also der Tröbler dann, wenn die Anregung zum Geschäft vom Geber ausgegangen ist, auch nur für dolus zu haften braucht.

---

[56]) Archiv f. civ. Pr. Bd. 61 S. 279.

Demnach ist nunmehr eine dreifache Haftung des Tröblers zu verzeichnen: [57])

1. geht die Anregung zum Geschäft von ihm aus, so haftet er außer für dolus und culpa auch für diligentia in custodiendo;
2. geht die Anregung vom Geber aus, so haftet der Tröbler nur für dolus;
3. sonst haftet er für dolus und culpa.

Dies ist der Sinn der l 17 § 1 D praescr. verb. 19, 5, mit der die l 1 § 1 D de aest. 19, 3 in keinem Widerspruche steht.

§ 5.

Was die neueren Gesetzbücher anbetrifft, so haben das Preußische A. L. R. I, 11 §§ 511—526, das Oesterr. B. G. B. §§ 1086–1088, das Sächsische G. B. §§ 1291—1294 den Tröbelvertrag mehr oder minder ausführlich geregelt.

Während es aber nach gemeinem Recht dem Tröbler vollständig freisteht, ob und wann er die Sache zurückgeben will, ist nach Preußischem und Oesterreichischem Recht ein Tröbelvertrag nur vorhanden, wenn Jemand seine Sache einem Anderen zum Verkaufe für einen bestimmten Preis übergibt mit der Bedingung, daß innerhalb eines festgesetzten Termines entweder die Sache zurückgegeben oder der bestimmte Preis geliefert werden solle. Hierzu wird noch ausdrücklich hervorgehoben, daß, wenn die Bestimmung der Zeit fehlt, nur ein Auftragsgeschäft anzunehmen sei.

Es ist nun nicht zu leugnen, daß in der gemeinrechtlichen Lehre, wonach der Tröbler nach Belieben die Sache zurückgeben oder den Preis zahlen kann, daß hierin eine gewisse Härte für den Geber und eine nicht unbedeutende Unsicherheit liegt. Trotzdem wäre es m. E. nicht nothwendig gewesen, die Bestimmung des Termins als einen wesentlichen Bestandtheil des Tröbelvertrages zu fordern und so den Begriff desselben in allzu enge Grenzen einzuschließen. Vielmehr hätte man es den Parteien bezw. dem Geber überlassen sollen, ob er einen Termin seiner Sicherheit wegen bestimmen wollte. [58])

Die nach gemeinem Recht so bestrittene Frage nach dem Uebergange des Eigenthums hat das A. L. R. in Consequenz des Erfordernisses der Terminsbestimmung dahin entschieden, daß das Eigenthum der Sache auf den Empfänger mit Ablauf des Termins übergehen solle, vorausgesetzt, daß der Empfänger den Preis zahlt. Unterläßt er dies, so hat der Eigen-

---

[57]) Struv, synt. jur. civ. Exercit. XXV. th. 7. Unger, kritische Besprechung des Entw. e. b. G. B. f. d. Königreich Sachsen (Leipzig 1861).

[58]) Zu vgl. Weiske, Rechtslex. XI S. 539 Note 18. J. J. Lang kritische Beleuchtung des Entw. e. b. G. B. f. d. K. Bayern. Heft II (München 1862) S. 173 ff.

thümer das Recht, die Sache zurückzunehmen. Hieraus folgt, daß, wenn über das Vermögen des Tröblers Konkurs ausgebrochen ist und der Termin ohne Zahlung verstrichen ist, der Geber einerseits nach § 35 K. O. einen Aussonderungsanspruch, andererseits, wenn er den festgesetzten Preis fordert, diese Forderung nach § 21 K. O. nur als Konkursgläubiger geltend machen kann.

Schließlich hat das A. L. R. auch die bedeutendste Controverse in dieser Lehre: ob der Tröbler die Gefahr zu tragen habe, dadurch aus der Welt geschafft, daß es bestimmt, der Empfänger solle allen Schaden und Verlust, welcher durch sein auch nur mäßiges Versehen an der Sache entstanden ist, vergüten. Das A. L. R. läßt sich also auf die Unterscheidung, ob der Anstoß zu dem Geschäft von dem Tröbler oder dem Geber ausgegangen, gar nicht ein; daß dies eine besondere Errungenschaft ist, kann ich nicht einsehen.

Andere neuere Codifikationen haben nun aber überhaupt darauf verzichtet, besondere Bestimmungen für den Tröbelvertrag zu treffen. So der Code civil, das ihm nachgebildete Badische Landrecht, ferner das Züricher Gesetzbuch und das neue Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Sie sind davon ausgegangen, daß heutzutage nur selten ein contractus aestimatorius geschlossen wird; in den höheren Verkehrsverhältnissen wird regelmäßig durch das Commissionsgeschäft das vorhandene Bedürfniß gedeckt und in den niederen Verkehrsverhältnissen liegt meist ausgesprochenermaßen ein Mandat (bezw. locatio conductio) oder ein Kaufvertrag vor — der Tröbler ist fast immer zum Käufer der Sache geworden.

Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich hat es ebenfalls unterlassen, den Tröbelvertrag zu regeln und dies ist in den Motiven — Bd. II S. 517 — folgendermaßen begründet worden: „Unter der Bezeichnung „Tröbelvertrag" oder „Vertröbeln" wird im Verkehre wohl kaum ein Vertrag geschlossen. Der Verkehr verhält sich spröde gegen eine solche Bezeichnung; er weist sie als anstößig zurück. Unternimmt das Gesetz die Regelung des Tröbelvertrages, so wird also die Präcisirung des wesentlichen Inhalts des Vertrages, für welchen die dispositiven Rechtsnormen des Gesetzes gelten sollen, von besonderer Wichtigkeit. Jede solche Präcisirung — will man nicht zu einer Beengung sich verstehen, welche die Anwendbarkeit der anzuschließenden Rechtsnormen auf die seltensten Fälle beschränkt — wird aber unfehlbar eine große Zahl von Fällen treffen, für welche jene dispositiven Rechtsnormen nicht passen. Der Grund liegt in den Verkehrssitten. Im Verkehre, namentlich im Handelsverkehre, gibt es eine große Zahl von Fällen, welche durch die fragliche Begriffsbestimmung getroffen werden würden

und für die nach der Verkehrssitte und nach der regelmäßigen Parteiintention besondere unter sich sehr abweichende Bestimmungen gelten, die von denjenigen, welche das römische Recht und diesem folgend die modernen Codificationen für den Tröbelvertrag aufstellen und welche als allgemeine Normen über den Tröbelvertrag aufgenommen werden könnten, sehr verschieden sind. Es braucht nur erinnert zu werden an die bekannten Verträge zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler, an den Uhrenhandel, den Handel mit Gold- und Silberwaaren u. s. w. Es leuchtet daher ein, wie groß die Gefahr ist, welche mit Aufstellung solcher allgemeinen Rechtsnormen verbunden ist. Sie würden nur für wenige, im practischen Leben eine untergeordnete Bedeutung behauptende Verträge passen. Zudem läßt sich nicht leugnen, daß jeder sog. Tröbelvertrag der juristischen Beurtheilung keine größeren Schwierigkeiten bietet, wie manche anderen Verträge, welche im Gesetzbuche nicht besonders geregelt werden. Die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag, verbunden mit dem im einzelnen Falle zu ermittelnden Parteiwillen werden regelmäßig die richtige Entscheidung an die Hand geben."

So dürfte denn aus dem bürgerlichen Recht der Zukunft aller Wahrscheinlichkeit nach der Tröbelvertrag verschwunden sein; dagegen ist auf dem Gebiete des Handelsrechts der alte Streit, von dem uns Ulpian erzählt, wieder erwacht, und hier handelt es sich in der That um ein höchst lebensfähiges Rechtsverhältniß von weiter praktischer Wichtigkeit, nämlich um das sog. buchhändlerische Conditionsgeschäft.

Weidling[59]) zählt die verschiedenen Ansichten ausführlich auf;[60])

[59]) Weidling, das buchh. Conditionsgeschäft (Berlin 1885) S. 2.

[60]) Während Endemann meint, es sei allenfalls ein Kauf nach Belieben, der sich innerlich aber sehr nahe mit dem Kommissionsvertrage berühre, spricht sich Koch dahin aus, es liege ein neues und eigenthümliches auf der einen Seite mit dem Kauf nach Belieben, auf der anderen mit dem Tröbelvertrage verwandtes Geschäft vor; Gad hält es für einen reinen Kauf auf Probe, Hecht, Pöhls, Bender und Chambon für einen suspensiv bedingten Kauf, Haubold dagegen für einen resolutiv bedingten Kauf, sobald auf Bestellung geliefert sei, ebenso Liesching, aber ohne einen solchen Unterschied zu machen, desgleichen Schürmann, aber mit Vindikationsrecht des Verlegers im Sortimenterkonkurse. Gerber plädirt für eine eigenthümliche Art des Kommissionshandels wie auch Hillebrandt und Walter sich für eine besondere Art der Verkaufscommission aussprechen, Häpe dagegen vertheidigt die Annahme eines wahren Commissionsgeschäftes und ebenso Philipps die eines Mandates, auf diesem Gebiet gewöhnlich Commission genannt; auch Gengler stellt den Vertrag unter die Commissionsgeschäfte. Brinckmann und Goldschmidt halten das Conditionsgeschäft für einen reinen Tröbelcontrakt, Buhl für einen durch Usanz eigenthümlich entwickelten Tröbelvertrag und Dernburg glaubt, das Geschäft stände dem Tröbel sehr nahe. Wächter endlich hilft sich mit der bequemen Klasse der Innominatcon-

man sieht daraus, daß die Auswahl jetzt noch größer ist als zu den Zeiten vor Ulpian.

Vor der Betrachtung der juristischen Natur des Conditionsgeschäfts wollen wir zunächst einen flüchtigen Blick auf die historische Entwickelung desselben werfen.

Unter Conditionsgeschäft versteht man das Rechtsverhältniß, welches entsteht, wenn ein Sortimentsbuchhändler von einem Verleger Artikel nimmt unter der Bedingung, das Nichtverkaufte bis zu einem bestimmten Abrechnungstermine wiedergeben zu können, das Nichtzurückgegebene aber an diesem Termine bezahlen zu müssen.[61])

Die Zeit und der Ort der Entstehung dieses Geschäftes sind nicht genau bekannt; vermuthlich ist es in Süddeutschland entstanden und hat von da aus seinen Weg auch nach Norddeutschland gefunden. Seine erste urkundliche Erwähnung findet es im Jahre 1669.[62])

In der Entwickelungsgeschichte des deutschen Buchhandels lassen sich etwa 3 Perioden annehmen.[63]) In der ersten Periode, von der Erfindung der Buchdruckerkunst bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts lag die Herstellung und Verbreitung der Bücher noch in einer Hand; der Buchdrucker vertrieb alle seine Erzeugnisse direkt an das Publikum. Daß es dabei natürlich auch Leute gegeben haben wird, welche von dem Buchdrucker größere Parthien Bücher kauften und nun ihrerseits weiterverkauften, ist klar; ebenso, daß auch die Buchhändler selbst den Handel mit fremden Büchern betrieben, indem sie entweder baar oder auf Credit mit den üblichen Vortheilen der Parthie- und Ballenpreise kauften.[64])

Bald jedoch traten diese Geschäftsformen mehr und mehr zurück, indem man das Risiko an der Herausgabe litterarischer Erscheinungen dadurch auf den gesammten Buchhandel gleichmäßig zu vertheilen suchte, daß die Verlegersortimenter ihre Erzeugnisse gegenseitig austauschten, ein Verfahren, welches durch den gegenseitigen Verkehr der Buchhändler auf den Messen sehr erleichtert wurde. Es kann dies als die zweite Entwickelungsperiode des deutschen Buchhandels bezeichnet werden.[65])

---

trakte und gibt unser Geschäft für einen solchen aus, der aber in Beziehung auf die Verbindlichkeit des Sortimentshändlers und seinen Anspruch auf den buchhändlerischen Rabatt nach Analogie der locatio conductio operarum, im Uebrigen aber nach der besonderen Natur des buchhändlerischen Geschäfts zu beurtheilen ist.

[61]) Weidling S. 2.

[62]) Buhl, zur Rechtsgeschichte des deutschen Sortimentsbuchhandels S. 44. Schürmann, die Entwickelung des deutschen Buchhandels S. 95.

[63]) Buhl, S. 1 ff. Rottner, Lehrb. der Comtoirwissenschaft I S. 112 ff.

[64]) Buhl S. 4 ff.

[65]) Schumann cit. S. 7.

Schon aber hatte man angefangen, den Verlagsbuchhandel vom Sortimentsbuchhandel zu trennen;[66]) einzelne bedeutendere Leipziger Buchhändler, welche das Sortimentsgeschäft aufgegeben und sich auf den Verlag beschränkt hatten, verweigerten die Fortsetzung des Tauschhandels und verlangten Ausgleichung in baarem Geld. Dieses Vorgehen rief vielfach den lebhaftesten Widerspruch hervor und namentlich waren es die sog. Reichsbuchhändler[67]) (in Süd- und Westdeutschland, Oesterreich, Schweiz), welche sich gegen diese Neuerung sträubten. Dieselben waren im Unrecht, wenn sie den überlebten Tauschhandel aufrecht zu erhalten suchten; sie waren im Rechte, wenn sie in der ausnahmslosen Durchführung des Kaufes auf feste Rechnung eine Gefährdung der Interessen des deutschen Buchhandels erblickten, auf den die Grundsätze des sonstigen Waarenverkehrs nur theilweise Anwendung finden. Es galt, eine Form zu finden, welche die Nachtheile des Tausches wie des Kaufes auf feste Rechnung vermied und den Bedürfnissen nicht nur des Verlegers, sondern auch des Sortimenters gerecht wurde.

Dieses Ziel ließ sich erreichen, wenn man zwar einerseits an der Bezahlung in baarem Gelde festhielt, aber andererseits das Risiko für den Fall der Unverkäuflichkeit unter Umständen dem Sortimenter abnahm. Letzteres geschah dadurch, daß man demselben das Recht einräumte, die Bücher, welche sich binnen gewisser Zeit nicht absetzen ließen, dem Verleger zurückzugeben. Den Anstoß hierzu gaben die Reichsbuchhändler, von denen neunzehn angesehene Firmen im Jahre 1788 gegen die oben erwähnten Leipziger Buchhändler remonstrirten und beanspruchten: „Was wir vor Bezahlung unseres Saldo von unverkauften Büchern, ungebunden oder in Heften unaufgeschnitten denen Herrn franco in Leipzig zurückgeben, das sollen sie in ordinären Preisen ohne Widerrede in Zahlung nehmen und erst dann mit uns saldiren.“[68])

Diesen Vorschlag nahmen nach einigem Widerstreben auch die Leipziger Buchhändler an und somit war das Conditionsgeschäft — denn diesem entspricht jene von den Reichsbuchhändlern angestrebte Geschäftsform — zur allgemeinen Geltung gelangt und bildet noch heute das Fundament des gesammten buchhändlerischen Verkehrs.

Der Verleger gab nun anfangs dem Sortimenter bei Gelegenheit der Messe seine Werke unter Berechnung mit der Abmachung mit, das, was der Sortimenter davon nicht verkauft hätte, wieder gegen Berechnung zurücknehmen zu wollen; bald schickte man auch den Sortimentern je nach

---

[66]) Buhl S. 42.

[67]) Schürmann, Magazin für den deutschen Buchhandel 1875 S. 93. Buhl, S. 42 Note 135.

[68]) Schürmann, Magazin S. 100. Buhl in Goldschmidt S. 143.

der Schätzung ihres möglichen Absatzes unverlangt Novitäten selbst außerhalb der Messe zu. Als Rückgabe- bezw. Zahlungstermin bestimmte sich naturgemäß von selbst die nächste Messe.

Die Zusendung von Büchern auf ausdrückliches Verlangen wurde mit den Worten à condition gekennzeichnet, während man bei der Zusendung ohne dasselbe pro novitate sagte.[69])

Der gewöhnlichste Weg zur Errichtung des Conditionsgeschäftes besteht heute in der durch ausdrückliches Verlangen an den Verleger kundgegebenen Offerte des Sortimentsbuchhändlers. Derselbe bedient sich hierzu entweder seiner sog. Verlangzettel, die in schematischer Form die Lieferungswünsche aufweisen, welche dann jedesmal markirt werden, seine Firma gedruckt tragen und bei denen der Name des Verlegers handschriftlich ausgefüllt wird, oder der ihm vom Verleger zugesandten Wahlzettel, hinsichtlich deren Firmenausfüllung das Umgekehrte eintritt. Wird nun das Buch verkauft, so geschieht dies zum Vortheile sowohl des Verlegers als auch des Sortimenters, der in dem ihm vom Verleger gewährten Rabatt seinen Gewinn zieht. Rabatt ist also der Gewinnantheil des Verkäufers bei erfolgendem Verkaufe des Buches. Dieser Gewinn ist gewöhnlich vom Verleger vorher festgesetzt und betrug früher $\frac{1}{3}$ des Ladenpreises, die anderen $\frac{2}{3}$ vertheilten sich so, daß $\frac{1}{3}$ als Ersatz für die Herstellungskosten und $\frac{1}{3}$ als Bruttogewinn des Verlegers gerechnet wurde.[70])

Man könnte nun hierbei leicht der Ansicht sein, daß der Sortimenter in Folge dessen die Verpflichtung habe, den Ladenpreis einzuhalten. Eine solche Verpflichtung läßt sich aber, wie Weidling[71]) nachweist, geschichtlich nicht begründen; vielmehr läßt sich das Recht des Sortimenters, an keinen Ladenpreis gebunden zu sein, auch heute noch ganz auf dem Grunde der herrschenden Usance erweisen: der Sortimenter kann über und unter dem Ladenpreise verkaufen.[72])

Was nun die Begründung des Conditionsgeschäftes betrifft, so beruht der Conditionsverkehr zwischen Verleger und Sortimenter nicht etwa auf einem einheitlichen, ein für allemal durch die bloße Etablirung des Sortimenters begründeten und feststehenden Rechtsgeschäft, das sich in den einzelnen Conditionssendungen nur äußert; vielmehr wird es durch jede einzelne Sendung ins Leben gerufen und neu begründet, sodaß es einzeln klagbar ist.[73])

---

[69]) Schürmann, die Usancen des deutsch. Buchh. S. 9.

[70]) Ders. S. 12.

[71]) S. 68 ff. a. a. O.

[72]) Schürmann, Us. S. 25. 114. 121. 134.

[73]) Weidling, S. 81 und die dort in Note 1 Citirten.

Aus dem Conditionsgeschäft entspringt die Verbindlichkeit des Sortimenters, entweder das Buch binnen einer bestimmten Frist zurückzugeben oder für dasselbe den Nettopreis zu zahlen. Dagegen hat der Verleger vor Ablauf des Remissionstermines einen Anspruch weder auf Rückgabe des Buches noch auf Bezahlung, während er nach buchhändlerischer Usance, sobald diese Frist verstrichen ist, ohne weiteres die Bezahlung des Nettopreises verlangen kann.

Wie erwähnt, ist die juristische Natur dieses Geschäftes viel bestritten worden.

Natürlich ist es, daß man auch hier wieder an ein Mandat sowohl als auch an die Miethe und den Kauf gedacht hat. Gegen das Mandat, als welches Philipps[74]) das Conditionsgeschäft auffaßt, spricht einmal die Unentgeltlichkeit, welche der römische Begriff des Mandates voraussetzt. Aber auch hiervon abgesehen ist das Conditionsgeschäft trotzdem kein Mandat, weil weder ein Auftrag seitens des Verlegers noch die Uebernahme eines solchen seitens des Sortimenters bei Eingehung des Vertrages vorkommt; weil ferner der Verleger kein einseitiges Kündigungsrecht besitzt und weil durch den Tod des Verlegers das Rechtsverhältniß nicht berührt wird.

Der Umstand, daß in Geschäftskreisen für den Ausdruck „à condition geben oder nehmen" häufig „in Kommission geben oder nehmen" gebraucht wird, hat auch zu der Annahme eines Kommissionsvertrages im handelsrechtlichen Sinne geführt. Die Verschiedenheit beider Vertragsarten ist aber zu deutlich sichtbar, als daß alle Unterscheidungspunkte hier aufgezählt werden müßten. So handeln Sortimenter und Kommissionär zwar jeder im eigenen Namen, dagegen der Sortimenter auch für eigene Rechnung, der Kommissionär für fremde; der Kommittent kann seinen Auftrag jederzeit zurückziehen, der Verleger nicht.[75])

Was den Vergleich mit der Miethe[76]) anlangt, so ist eine locatio conductio operarum nicht denkbar, weil der Sortimenter sich einmal gar nicht um den Verkauf des Buches zu bemühen braucht, andererseits er, wenn er sich darum bemüht, nicht für seine Dienste als solche Lohn erhält, sondern weil diese Belohnung bloß im Falle des Absatzes in einem Procentsatz des Kaufpreises besteht; verkauft er nicht, so hat er nicht einmal Anspruch auf Entschädigung für seine Mühe und seine Auslagen. Der Umstand,

[74]) Philipps, deutsches Privatrecht S. 620. Hillebrandt, Lehrb. S. 373. Dagegen Buhl in Goldschmidt S. 175. Wächter S. 495.

[75]) Gerber, deutsches Privatrecht § 199 Note 10. Hillebrandt, S. 136 für die Kommission. Dagegen Gruchot S. 150 N. 2. Buhl S. 176. Wächter S. 497.

[76]) Buhl S. 176. Brinz S. 5.

daß der Sortimenter sich überhaupt nicht um den Verkauf zu bemühen braucht,[77]) schließt auch die Annahme einer locatio conductio operis aus.

Die Meinung, das Conditionsgeschäft sei ein unbedingter Kauf, findet sich nirgends vertreten; wohl aber theilen sich die Ansichten darin, daß Einige für einen resolutiv-bedingten,[78]) Andere für einen suspensiv-bedingten[79]) Kauf eintreten; hierzu ist neuerdings noch die Ansicht von Weidling[80]) hinzugekommen, welcher das Conditionsgeschäft ansieht als ein suspensiv-bedingtes Kaufgeschäft unter der negativen Bedingung, daß der Kauf unbedingt wird, wenn nicht bis zu einem bestimmten Termin Rückgabe erfolge.

Das Geschäft ist aber weder ein Kauf der einen noch der anderen Art, denn die Parteien wollen eben durchaus keinen Kaufvertrag schließen, sondern einen Vertrag besonderer Art. Der Verleger verkauft nicht an den Sortimenter und dieser kauft die Bücher nicht, sondern übernimmt sie zunächst, um sie weiter zu verkaufen; daß er eventuell hier als Selbstkäufer eintritt, ändert durchaus nichts an der Intention der Parteien.

Nun existirt freilich beim Conditionsgeschäft die Abmachung, daß, wenn an dem bestimmten Termin die Bücher nicht remittirt sind, der Sortimenter den festgesetzten Nettopreis zahlen müsse. Diese Wirkung, welche das Geschäft durch die Terminsbestimmung erhält, hat gerade zu den verschiedenen Meinungen Anlaß gegeben, als ob ein Suspensiv- oder Resolutivkauf vorliege. Hiergegen ist nun das zu bemerken, was schon beim Trödelcontrakt gesagt ist: Die Anhänger dieser Meinung und unter ihnen Weidling treten in die Fußstapfen Chambon's; sie glauben, weil das Geschäft die Wirkungen eines Kaufes haben könne, sei es selbst ein Kauf. Die Parteien wollen aber keinen Kauf, folglich wird das Geschäft auch trotz den möglicherweise eintretenden Wirkungen kein Kauf.

Wir stehen also wie gesagt beim Conditionsgeschäft vor demselben Zweifel wie einst die Römer beim Trödelvertrag: das Conditionsgeschäft ist weder dieser noch jener Vertrag. Es hat eine gewisse Verwandtschaft mit dem Trödelcontrakte, ja, dieselbe ist geradezu auffallend. Hier wie dort werden Sachen zum Verkauf gegeben: der Trödler wird ebensowenig Eigenthümer wie der Sortimenter; beim Trödelvertrag wird eine res aestimata hingegeben, beim Conditionsgeschäft übernimmt der Sortimenter die Sachen zum Nettopreis; auch die Bestimmung des „Ladenpreises" seitens des Verlegers ändert nichts an dem Recht auf den Mehrerlös,

---

[77]) Weidling S. 76 ff.

[78]) Liesching S. 66 ff. Schürmann S. 165.

[79]) Endemann § 173 Note 99. Hecht in Goldschmidt XII S. 319 ff. Koch in Holtzendorff II S. 608. Dagegen Buhl S. 177. Wächter S. 492.

[80]) S. 135.

wie es beim Tröbelvertrag bestand, da, wie oben hervorgehoben, der Sortimenter durchaus nicht an den Ladenpreis gebunden ist.

Was alsdann die Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung betrifft, so deuten, wie Buhl [81]) meint, die Worte der l 17 § 1 D de praescr. verb. 19, 5: „si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum“ auf eine alternative Obligation i. e. S. hin, während uns das Remissionsrecht des Sortimenters als eine ihm eingeräumte facultas alternativa erschienen ist. Auch Weidling [82]) ist gegen eine alternative Obligation und verwirft deshalb die Ansicht, wonach das Conditionsgeschäft ein Tröbelvertrag wäre. Wir haben aber gesehen, daß im Tröbelvertrage zwar der Tröbler beliebig restituiren oder zahlen kann, daß aber der Geber kein Recht hatte, die Sache beliebig zurückzufordern. Genau so würde es der Fall sein, wenn der Verleger dem Sortimenter Bücher zum Verkauf gegeben hätte. Um daher dem Belieben des Sortimenters eine Grenze zu ziehen, ist bestimmt, daß letzterer nur bis zu einem gewissen Termin die Wahl haben solle, welchen Gegenstand er leisten wolle, ob er die Sache zurückgeben oder den festgesetzten Preis zahlen wolle. An diesem Termin muß er sich für einen dieser beiden Fälle entschieden haben. Mit Ablauf des Termins hört das Wahlrecht des Sortimenters auf; es wird der dies gleichsam als stillschweigende Willenserklärung des Sortimenters angesehen dahin gehend, daß er den Preis zahlen wolle.

Es liegt also hier sehr wohl eine alternative Obligation vor, nur mit der Modification, daß das Wahlrecht des Sortimenters befristet ist. Der Verleger kann während der Frist allerdings nicht die Sache zurückverlangen oder auf Zahlung des Preises dringen, daß er aber, wie Weidling [83]) meint, gar keinen Anspruch bis zu dem Termine an den Sortimenter habe, will mir nicht einleuchten; die alternative Obligation hat zur Folge, daß dem Gläubiger vor bindender Wahl nur ein alternatives Klagerecht zusteht; warum will Weidling dies dem Verleger nehmen? Denn gesetzt, er hat Bücher an verschiedene Sortimenter geschickt und der Eine derselben verlangt noch mehr; der Verleger hat keine mehr vorräthig und wendet sich an einen anderen Sortimenter und verlangt von ihm Rücksendung der noch nicht verkauften Bücher. Der Sortimenter weigert sich, dem Verlangen nachzukommen. Hier würde doch ein Schaden für den Verleger entstehen, wenn er an anderer Stelle die Bücher hätte absetzen können, die er später, wenn sie ihm der Sortimenter an dem Termin zurückgibt, vielleicht nicht mehr losschlagen kann.

[81]) Buhl in Goldschmidt XXV S. 179.

[82]) S. 126 ff.

[83]) S. 131.

Der Verleger hat hier m. E. recht wohl einen Anspruch gegen den Sortimenter bis zu dem festgesetzten Termin, und zwar kann er klagen auf Rückgabe oder Zahlung d. h. er kann verlangen, daß der Sortimenter sich entscheidet, ob er die Bücher zurückgeben oder den Preis zahlen wolle. Dies scheint auch wenigstens beim süddeutschen Buchhandel anerkannt zu sein, denn im § 9 der Bräuche des süddeutschen Buchhandels heißt es: „Der Verleger kann es nicht als ein Recht in Anspruch nehmen, daß ihm Neuigkeiten außer der ordnungsmäßigen Remittendenzeit zurückgeschickt werden, darf aber nach dem bisherigen Gebrauche möglichste Berücksichtigung seiner desfallsigen Wünsche in Anspruch nehmen."

Gerade gegen die Auffassung des Conditionsgeschäftes als eines Tröbelcontraktes kämpft Weidling am meisten. Er erkennt zwar selbst die Gründe, welche vor ihm schon von Chambon, Liesching, Endemann u. a. M. gegen den Tröbelvertrag vorgebracht sind, nicht als stichhaltig an; aber ihm ist es auch nicht gelungen, die Unrichtigkeit der Annahme eines Tröbelvertrages überzeugend darzuthun; denn das „Schwinden der alternativen Obligationen und des doppelten Klagerechts", welches „den Tröbelvertrag vernichtet", ist er nachzuweisen nicht im Stande.

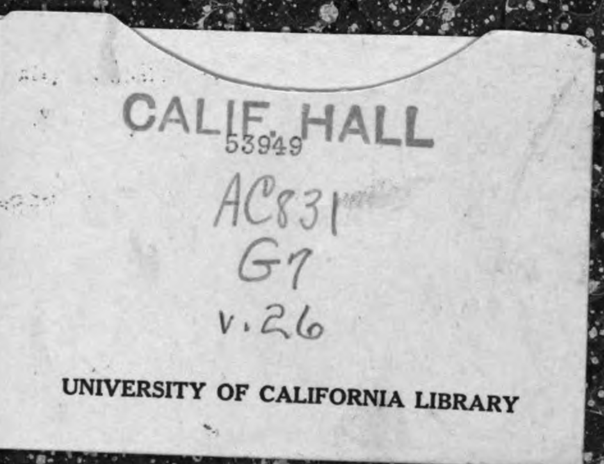
Ist man schon aus dem Grunde berechtigt, im Conditionsgeschäft einen Tröbelcontrakt zu sehen, weil eben letzterer hauptsächlich zur Steuerung der Unsicherheit in der juristischen Rubricirung des Falles „cum res aestimata vendenda datur" eingeführt wurde, so wird diese Berechtigung noch gesteigert durch den Umstand, daß das Conditionsgeschäft sich geradezu in allen einzelnen wesentlichen Punkten mit dem Tröbelvertrag deckt. Denn daß die Terminsbestimmung nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen des contractus aestimatorius zu rechnen ist, ist bereits erwähnt.

Man wird also, um mit Buhl[84]) zu reden, das Conditionsgeschäft als einen allerdings durch die buchhändlerische Usance eigenthümlich entwickelten und zunächst nach ihr zu beurtheilenden Tröbelvertrag aufzufassen haben. Es ist also nicht zu den objectiven Handelsgeschäften des Art. 271 Handelsgesetzbuches zu rechnen.

---

[84]) In Goldschmidt S. 180, s. auch Goldschmidt in seiner Zeitschrift XXXIII S. 493.

YD00169



CALIF. HALL
53949
AC831
G7
v.26
UNIVERSITY OF CALIFORNIA LIBRARY

